

## FOCUS FISCALE

Rubrica di novità legislative e giurisprudenziali  
riguardanti le piccole e medie imprese

### EXIT TAX E LIBERTA' DI STABILIMENTO DELLE IMPRESE IN EUROPA

di *Thomas Tassani*

#### 1. Premessa

Con la sentenza del 29/11/2011, C- 371/10, *National Grid Indus BV*, la Corte di Giustizia (Grande Sezione) affronta la questione della compatibilità comunitaria delle *exit tax* nazionali collegate al trasferimento di residenza fiscale delle società.

La pronuncia costituisce l'occasione per chiarire, da una parte, entro quali limiti il trasferimento di sede transfrontaliero ricada sotto il regime della libertà di stabilimento, anche alla luce della giurisprudenza passata della Corte (dalla sentenza *Daily Mail* fino alla sentenza *Cartesio*) e, dall'altra, per definire se ed in che misura i principi enunciati nelle sentenze *de Lasteyrie du Saillant* e *N*, siano estendibili anche alle ipotesi di soggetti imprenditori (e di società in particolare).

La controversia nazionale riguardava una società a responsabilità limitata di diritto olandese (la *National Grid Indus*) che, costituita secondo il diritto olandese, trasferiva nel 2000 la propria sede amministrativa nel Regno Unito. Tale spostamento non aveva di per sé inciso sullo *status* di società di diritto olandese, la normativa nazionale accogliendo la teoria della costituzione, ma, ai sensi della convenzione stipulata tra i due Paesi, la società doveva essere considerata fiscalmente residente nel Regno Unito. Non disponendo la società di una stabile organizzazione in Olanda secondo la convenzione, il diritto alla tassazione dei proventi societari spettava, dopo il trasferimento, esclusivamente al Regno Unito.

Tale modifica della residenza fiscale determinava, ai sensi della disciplina fiscale olandese, la liquidazione finale delle plusvalenze latenti esistenti al momento del trasferimento della sede amministrativa, applicandosi l'art. 16 della legge sull'imposta sul reddito del 1964, a mente del quale "i profitti societari non ancora rilevati (...) vengono imputati all'utile dell'anno di calendario in cui colui in nome del quale viene esercitata l'impresa cessa di percepire da quest'ultima un utile imponibile nei Paesi Bassi".

La società ha contestato tale imposizione, confermata invece nel primo grado di giudizio, ed il giudice di appello (*Gerechtshof Amsterdam*) ha op-

tato per la sospensione del giudizio, sottoponendo alla Corte di Giustizia una serie di questioni pregiudiziali.

## 2. Il principio della libertà di stabilimento

Con la prima questione pregiudiziale, il giudice del rinvio chiedeva se “nel caso in cui uno Stato membro imponga ad una società costituita secondo il diritto di tale Stato membro, che da esso trasferisce la propria sede amministrativa effettiva in un altro Stato membro, un’imposta di liquidazione finale per il trasferimento della sede, detta società, allo stato attuale del diritto comunitario, possa invocare l’art. 43 CE (ora art. 49 TFUE) nei confronti di questo Stato membro”.

E’ da notare che secondo i governi intervenuti nel procedimento (Olanda, Italia, Germania, Portogallo, Finlandia, Svezia e Regno Unito) una società che intenda trasferire la propria sede amministrativa in un altro Stato, senza che ciò comporti una modifica statutaria e quindi conservando la propria qualità di società soggetta al diritto dello Stato in cui è stata costituita, non potrebbe invocare la libertà di stabilimento nei confronti di quest’ultimo, neppure con riferimento ai provvedimenti di natura fiscale connessi al trasferimento di sede.

La Corte di Giustizia rileva preliminarmente come, secondo la propria giurisprudenza, gli Stati membri dispongono indubbiamente della facoltà di definire il criterio di collegamento richiesto ad una società affinché essa possa ritenersi costituita ai sensi del suo diritto nazionale, così come sono liberi nel definire i criteri in base ai quali tale società possa continuare a mantenere detto *status* (sent. del 27/09/1988, C-81/87, *Daily Mail*; sent. del 5/11/2002, C-208/00, *Uberseering*; sent. del 16/12/2008, C.210/06, *Cartesio*)

Le società, infatti, sono “enti creati da un ordinamento giuridico nazionale che esistono solo in forza delle diverse legislazioni nazionali” (sent. *Daily Mail*, cit.), il che equivale a dire che il diritto comunitario lascia agli ordinamenti interni il compito di dare contenuto al concetto di “nazionalità/residenza”, vietando solo i trattamenti lesivi del diritto comunitario che su tale qualificazione normativa si basino.

In questa prospettiva, la Corte nota però come la normativa in esame non riguardi la determinazione delle condizioni richieste da uno Stato membro ad una società affinché possa mantenere il proprio *status* di società di tale Stato membro, bensì le conseguenze fiscali ricollegate a tale trasferimento. Come notato dall’Avv. Generale Kokott nelle conclusioni presentate l’8/09/11 nella causa in oggetto, “il trasferimento di sede transfrontaliero, come tale, non è un’operazione che di per sé ricade al di fuori dell’ambito di applicazione della libertà di stabilimento. Piuttosto, secondo il diritto dell’Unione, lo Stato di uscita è in linea di principio obbligato a

consentire l'emigrazione delle società costituite secondo la sua legislazione", disponendo della sola "discrezionalità di scegliere se ammettere anche la conservazione della qualità di società di diritto nazionale".

Sulla base di queste considerazioni, dunque, la Corte di Giustizia può giungere agevolmente ad affermare la piena applicabilità della principio della libertà di stabilimento nel caso in esame, dovendosi valutare a questo fine la legittimità di una imposta applicata in occasione del trasferimento della sede amministrativa da uno Stato all'altro, anche quando tale trasferimento non incida sullo *status* di società dello Stato di provenienza.

### **3. La restrizione alla libertà di stabilimento**

Con la seconda questione pregiudiziale, il giudice olandese chiedeva, in ipotesi di soluzione affermativa alla prima questione, "se un'imposta di liquidazione finale, come quella in esame, che include nell'imposizione le plusvalenze degli elementi patrimoniali della società trasferiti dallo Stato membro di provenienza a quello ospitante, come valutati al momento del trasferimento della sede, senza possibilità di differimento né di prendere in considerazione perdite successive, sia contraria all'art. 49 TFUE, nel senso che siffatta imposta di liquidazione finale non può essere giustificata dalla necessità di ripartizione dei poteri impositivi tra gli Stati membri".

Per determinare se la normativa in oggetto sia contraria all'art. 49 TFUE, la Corte di Giustizia ricorda, in primo luogo, quale sia la portata della libertà di stabilimento, principio che mira ad assicurare il beneficio della disciplina nazionale dello Stato membro ospitante, ostando però allo stesso tempo, a che lo Stato membro di provenienza ostacoli lo stabilimento in un altro Stato di un proprio cittadino o di una società costituita secondo la propria legislazione (sent. del 16/7/1988, C-264/96, *ICI*; sent. del 6/12/2007, C-298/05, *Columbus Container Services*; sent. del 15/4/2010, C-96/08, *CIBA*).

In astratto, la violazione della libertà di stabilimento si potrebbe configurare sia con una discriminazione diretta o indiretta fondata sulla nazionalità/residenza, sia con una "restrizione" alla libertà di stabilimento ed è da notare che, secondo la costante giurisprudenza della Corte, sono considerate restrizioni alla libertà di stabilimento tutte le misure che ne vietano, ostacolano o scoraggiano l'esercizio (oltre alle sentenze appena citate, si veda sent. del 5/10/2004, C-442/02, *Caixa Bank France*; sul tema, ROSSI-MACCANICO, *Principi comunitari di fiscalità diretta delle imprese. Il principio di non discriminazione*, in *Fiscalità internazionale*, 2008, 226 ss. Sul tema, NUZZO, *Libertà di stabilimento e perdite fiscali: il caso Imperial Chemical Industries (ICI) plc*, in *Rass.trib.*, 1999, 1814 ss).

Occorre anche sottolineare come una restrizione alle libertà fondamentali non possa argomentarsi semplicemente in base ad un generico effetto

dissuasivo della misura nazionale, visto che, nonostante diverse tesi dottrinali (sul tema, MELIS, *Il trasferimento della residenza fiscale nella imposizione sui redditi*, Roma, 2008, 613 ss.; TASSANI, *Trasferimento di residenza ed exit tax nel diritto tributario comunitario: l'esperienza italiana*, in *Studi trib. europei*, vol. 1; p. 25), la giurisprudenza della Corte sembra legare fortemente il concetto di restrizione a quello di discriminazione, trattandosi di perseguire i casi di "discriminazioni contro i cittadini comunitari che vogliono far valere i loro diritti connessi alla libertà di circolazione" (Avv. Generale Maduro, conclusioni presentate nella causa *Marks & Spencer*, C-446/93, punto 28).

Nelle precedenti sentenze della Corte in tema di *exit tax* (sent. del 11/3/2004, C-9/02, *Hughes de Lasteyrie du Saillant* e sent. del 7/9/2006, C-470/04, *N.*) emergeva infatti che il punto fondamentale, per determinare la incompatibilità comunitaria delle discipline nazionali, era costituito dall'effetto dissuasivo rispetto alla libertà di stabilimento, derivante dalla disparità di trattamento che la *exit tax* determinava tra chi continuava a risiedere nello Stato d'origine e chi si trasferiva al di fuori di tale Stato.

In particolare, la discriminazione derivava dalla tassazione sui plusvalori latenti in luogo della tassazione al momento del realizzo (ossia, della cessione a titolo oneroso) normalmente prevista per le persone fisiche.

I precedenti in materia di *exit tax* riguardavano però persone fisiche o, meglio, fattispecie di tassazione di plusvalori su partecipazioni societarie detenute da persone fisiche al momento del loro trasferimento di residenza (sul tema, anche per ulteriori riferimenti bibliografici, DE PIETRO, *Compatibilità comunitaria di exit tax su partecipazioni rilevanti*, in *Rass.trib.*, 2006, 1377 ss.)

Nonostante la Commissione Europea abbia ritenuto estendibili i principi affermati dalla Corte di Giustizia in simili sentenze anche alle ipotesi di trasferimento di residenza di società (e, in generale, soggetti imprenditori, nella Comunicazione n. 825 del 19/12/2006), la Corte non aveva fino ad ora avuto occasione di esprimersi sul punto.

Nella sentenza in commento, la Corte ritiene sussistente una restrizione della libertà di stabilimento con riferimento alla normativa nazionale e, dunque, alla misura fiscale di tassazione finale dei plusvalori latenti in capo alla società che trasferisce la propria residenza fiscale.

Ancora una volta, tuttavia, tale restrizione è motivata valutando l'effetto discriminatorio, la disparità di trattamento tra la società che trasferisce la propria sede amministrativa all'interno del territorio nazionale e la società che trasferisca la sede amministrativa all'estero. Mentre la prima non subirebbe alcuna tassazione in occasione della scelta societaria, essendo questa collegata alla effettiva realizzazione dei plusvalori, in capo alla seconda si determinerebbe invece un effetto di imposizione in grado di "scoraggiare una società di diritto olandese dal trasferire la propria residenza in un altro Stato membro".

Al tempo stesso, il trattamento discriminatorio non sarebbe, a giudizio della Corte, superabile con una "oggettiva differenza di situazioni".

Se, dunque, l'elemento dissuasivo connesso alla disparità di trattamento della *exit tax* è in grado di essere rilevato anche con riferimento alle ipotesi di trasferimento della residenza di soggetti imprenditori, configurando quindi una restrizione alla libertà di stabilimento, la Corte enuclea una soluzione sicuramente importante ed articolata per quanto attiene il profilo della "giustificazione" di tale restrizione.

Già la dottrina aveva rilevato come, in riferimento alle *exit tax* per i soggetti imprenditori, la restrizione alla libertà di stabilimento dovesse ritenersi giustificata in base alle ragioni di "coerenza del sistema fiscale" e di "motivi imperativi di interesse generale", qualora la tassazione derivasse da una "esigenza strutturale, di sistema (LUPI, *Coerenza del sistema fiscale tra dividendi esteri ed exit tax*, in *Dialoghi dir.trib.*, 2004, 1366; MARINI, *Trasferimento di sede all'estero e rilevanza della "stabile organizzazione" ai fini della titolarità di reddito di impresa*, in *Dialoghi dir.trib.*, 2005, 95) e non, invece, da finalità di tipo antielusivo oppure antievasivo.

Allo stesso tempo, era stato sottolineato come la *exit tax* potesse conseguire, in questi casi, l'effetto di salvaguardare la ripartizione delle competenze nazionali, sulla base del criterio della territorialità; elemento particolarmente valorizzato nella giurisprudenza comunitaria (CORTE GIUST. CE, sent. del 18/7/2007, C-231/05, *Oy AA*; Corte di Giustizia CE, sent. del 7/9/2006, C-470/04, *N*. Sul tema, MELIS, *Perdite intracomunitarie, potestà impositiva e principio di territorialità: unicuique suum?*, in *Rass.trib.*, II, 2008) e che, con riferimento ai redditi di impresa, condurrebbe a ritenere equilibrata la ripartizione delle competenze impositive che si realizza attraverso la tassazione al momento della fuoriuscita dei beni dal regime fiscale nazionale (così TASSANI, *op.cit.*).

Nella sentenza che si annota, la Corte di Giustizia affronta il profilo della giustificazione della restrizione, dal punto di vista della configurabilità di motivi imperativi di interesse nazionale e della proporzionalità della misura nel conseguimento di tale scopo, coerentemente con la propria giurisprudenza sul tema (sent. del 13/12/2005, C-446/03, *Marks & Spencer*; sent. del 12/9/2006, C-196/04, *Cadbury Schweppes*; sent. del 13/3/2007, C-524/04, *Test Claimants*; sent. del 18/6/2009, C-303/07, *Aberdeen Property Fininvest Alpha*).

Il motivo imperativo di interesse nazionale sarebbe rappresentato dal mantenimento della ripartizione del potere impositivo tra gli Stati membri che è stato riconosciuto quale obiettivo legittimo da parte della stessa Corte, anche in considerazione del fatto che, in mancanza di disposizioni di unificazione o di armonizzazione, gli Stati membri rimangono competenti a definire, in via convenzionale o unilaterale, i criteri di ripartizione di tale potere, anche al fine di eliminare le doppie imposizioni (sent. *Marks & Spencer*,

cit.; sent. *Oy AA*, cit.; sent. del 19/11/2009, C-540/07, *Commissione/Italia*).

In questo quadro, a giudizio della Corte, la normativa olandese “è idonea ad assicurare il mantenimento della ripartizione del potere impositivo tra gli Stati membri interessati”, considerando che l'imposizione al momento del trasferimento della sede amministrativa “mira ad assoggettare all'imposta sugli utili dello Stato membro di provenienza le plusvalenze non realizzate, originate nell'ambito della competenza fiscale di tale Stato membro prima di detto trasferimento”.

Tanto da giungere alla affermazione *tranchant* per cui “uno Stato membro ha il diritto di tassare il valore economico generato da una plusvalenza latente sul proprio territorio anche qualora essa non vi sia ancora stata effettivamente realizzata”.

Non solo, ma risulta legittimo, a giudizio della Corte, che la determinazione definitiva dell'importo del prelievo avvenga considerando il momento in cui la società trasferisce la propria residenza, senza valorizzare eventi successivi, come possibili rilevazioni di minusvalenze.

Da questo punto di vista, la misura normativa nazionale risulta in linea con il principio di proporzionalità, perché strettamente connesso all'obiettivo della ripartizione del potere impositivo. In particolare, solo la netta delimitazione di tale potere impositivo (fattispecie realizzate fino al momento del trasferimento e fattispecie realizzate dal momento del trasferimento in avanti) è in grado, in termini generali, di evitare fenomeni di doppia imposizione dei plusvalori, così come di doppia deduzione dei minusvalori.

Questo aspetto risulta estremamente importante perché, a giudizio della Corte, la misura sarebbe legittima anche qualora lo Stato ospitante non tenesse conto, in base alla propria legislazione, delle minusvalenze maturate nel periodo successivo al trasferimento di residenza.

Il principio della libertà di stabilimento non impone, infatti, allo Stato di provenienza di mutare la conseguenze impositive in base alle misure adottate dallo Stato di destinazione (e, si dovrebbe dire, viceversa). Infatti, in assenza di una piena armonizzazione fiscale nel settore dell'imposizione diretta, la simmetria fiscale tra l'ordinamento di provenienza e quello di destinazione non può essere considerata come una esigenza derivante dalle libertà fondamentali del Trattato. Ricorda la Corte che il “Trattato non garantisce ad una società rientrante nella disciplina dell'art. 53 TFUE che il trasferimento in un altro Stato membro della propria sede amministrativa effettiva sia neutro sotto il profilo fiscale”. Tale trasferimento può essere più o meno sfavorevole sul piano fiscale ma la “libertà di stabilimento non può essere intesa nel senso che uno Stato membro sia obbligato a determinare le proprie norme tributarie in funzione di quelle di un altro Stato membro al fine di garantire, in ogni situazione, una tassazione che elimini qualsivoglia disparità derivante dalle normative tributarie nazionali” (sul punto, anche sent. del 27/2/2008, C-293/06, *Deutsche Shell*).

La valutazione del rapporto tra lo scopo legittimo (la ripartizione del potere impositivo) e la misura nazionale adottata, risulta tuttavia priva del carattere di proporzionalità, nella interpretazione della Corte, per quel che riguarda il profilo della riscossione immediata della imposta nel momento del trasferimento della residenza.

La Corte è molto chiara nel ritenere non accoglibile le argomentazioni proposte dai governi, secondo cui il pagamento differito dell'imposta genererebbe un onere eccessivo per le Autorità fiscali degli Stati membri e che, in questo modo, si eviterebbero rischi di evasione fiscale.

Il giudice comunitario ritiene, da una parte, sufficienti i meccanismi di assistenza reciproca tra gli Stati nazionali e, dall'altra, afferma che il mero trasferimento di residenza non può giustificare una presunzione generale di evasione fiscale, né una misura che pregiudichi l'esercizio di una libertà fondamentale garantita dal Trattato.

Lo svantaggio, in termini finanziari, derivanti dalla immediata riscossione della imposta risulta dunque connotare in termini di non proporzionalità la misura nazionale anche se la Corte pare suggerire al legislatore nazionale una possibile via di uscita per garantire la compatibilità comunitaria della misura normativa.

A giudizio della Commissione, la riscossione successiva della imposta potrebbe essere accompagnato da una dichiarazione annuale sottoscritta dalla società, che indichi il possesso degli attivi trasferiti e da una dichiarazione effettuata al momento dell'effettiva cessione dell'attivo; in questo modo lo Stato di provenienza avrebbe la possibilità di controllare e di riscuotere l'imposta determinata al momento del trasferimento.

Secondo la Corte e l'Avvocato generale, l'onere amministrativo collegato a simili dichiarazioni potrebbe presentarsi come particolarmente gravoso, soprattutto nei casi di situazioni patrimoniali complesse.

Tanto che la Corte di Giustizia giunge a ritenere come maggiormente equilibrata ("meno contraria alla libertà di stabilimento") quella normativa nazionale "che offra, alla società che trasferisce la propria sede amministrativa effettiva in un altro Stato membro, la scelta tra, da un lato, il pagamento immediato dell'imposta, che crea uno svantaggio in termini finanziari per tale società ma la dispensa da oneri amministrativi successivi, e, dall'altro, il pagamento differito di tale imposta, se del caso corredato da interessi conformemente alla normativa nazionale applicabile, che necessariamente comporta un onere amministrativo, legato alla individuazione degli attivi trasferiti" (lo Stato, inoltre, potrebbe anche legittimamente imporre la costituzione di una garanzia bancaria in caso di pagamento differito).

#### 4. Il sistema fiscale italiano e l'*exit tax* di cui all'art. 166 Tuir

Per valutare l'impatto della sentenza in commento sull'ordinamento fiscale italiano, occorre considerare quali siano gli effetti, nella imposizione sui redditi, del trasferimento all'estero della residenza fiscale di un soggetto imprenditore (società o impresa individuale).

Il trasferimento di residenza all'estero è fattispecie che, di per sé, non integra una ipotesi liquidativo-estintiva del soggetto, ma che può, tuttavia, comportare l'espulsione dei beni societari dal regime fiscale d'impresa. Con il trasferimento della residenza, infatti, si perde il collegamento di carattere "personale" con il territorio italiano e, con esso, può venire meno la rilevanza in termini tributari dell'attività di impresa svolta.

Detto in altri termini, nonostante il soggetto continui ad esistere in senso giuridico, il trasferimento potrebbe determinare la *cessazione* dell'applicazione del regime fiscale (ovviamente, italiano) d'impresa.

Ciò accade in tutte quelle ipotesi in cui il criterio di collegamento della residenza non venga sostituito dal criterio di collegamento della fonte, dato dalla stabile organizzazione. Elemento, quest'ultimo, che, nonostante il trasferimento della residenza all'estero, può consentire, relativamente all'attività esercitata in Italia tramite la stabile organizzazione ed ai beni che in essa sono confluiti, la *continuità* anche nell'applicazione del regime tributario d'impresa.

Nel sistema italiano del reddito di impresa, le ipotesi di oggettiva fuoriuscita dei beni dal regime d'impresa sono in grado di integrare la fattispecie realizzativa della "destinazione a finalità estranee", in grado di produrre ricavi e plus/minisvalenze (artt. 85, secondo comma, 86, primo comma, lett. c, Tuir).

La norma è considerata una disposizione di "chiusura" del sistema (FALSITTA, *La tassazione delle plusvalenze e sopravvenienze nelle imposte sui redditi*, Padova, 1978, 95; MICCINESI, *Le plusvalenze d'impresa, Inquadramento teorico e profili ricostruttivi*, Milano, 1993, 158. Per una diversa ricostruzione della fattispecie di destinazione a finalità estranee, NUSSI, *Trasferimento della sede e mutamento della residenza "fiscale": spunti in tema di stabile organizzazione e regime dei beni d'impresa*, in *Rass.trib.*, 1996, 1351 ss. Sia consentito rinviare, anche per ulteriori riferimenti bibliografici, a TASSANI, *Autonomia statutaria delle società di capitali e imposizione sui redditi*, Milano, 2007, 216 ss), riferibile a tutti i soggetti che producono redditi di impresa, siano essi imprenditori individuali e collettivi.

Emerge dunque chiaramente come la *exit tax* "italiana" contenuta nell'art. 166 Tuir abbia una portata esplicativa di un principio immanente al reddito di impresa, prevedendo che il trasferimento all'estero della residenza, da parte dei soggetti che esercitano imprese commerciali, costituisce "realizzo, al valore normale, dei componenti dell'azienda o del com-



plesso aziendale”, salvo che “gli stessi non siano confluiti in una stabile organizzazione situata nel territorio dello Stato”.

Appare quindi possibile affermare che, così come la disposizione normativa olandese, anche l’art. 166 Tuir è in grado di rappresentare una restrizione alla libertà di stabilimento, derivando dallo stesso una discriminazione tra società italiana che trasferisce all’estero la propria residenza fiscale e società italiana che modifica la propria residenza all’interno del territorio italiano.

In questo quadro si giustifica l’intervento normativo di cui all’art. 91, DI 1/2012, che ha modificato l’art. 166 Tuir. Nella versione attualmente in vigore, si prevede (comma 2-*quater*) che i soggetti che trasferiscono la residenza “in alternativa a quanto stabilito al comma 1, possono richiedere la sospensione degli effetti del realizzo ivi previsto in conformità ai principi sanciti dalla sentenza 29 novembre 2011, Causa C-371/10, National Grid Indus BV”.

Al comma 2-*quinqüies* si fa rinvio, per individuare gli ulteriori requisiti applicativi (quali le fattispecie che determinano la decadenza della sospensione, i criteri di determinazione dell’imposta, le modalità di versamento) ad un decreto del Ministro dell’economia e delle finanze che, però, ancora non ha visto la luce.

*Thomas Tassani*  
*Università degli Studi di Urbino “Carlo Bo”*  
*thomas.tassani@uniurb.it*